

**Tércio Sampaio Ferraz Júnior (São Paulo)**

**Constituição Brasileira: modelo de Estado,  
Estado Democrático de Direito,  
objetivos e limites jurídicos**

O tema do modelo de Estado, no interior de uma discussão constitucional, exige uma reflexão que conduza, por meio da rede normativa do texto da Constituição, a uma percepção de sua realidade, tanto no sentido de suas condicionantes históricas quanto do prognóstico normativo que ela autoriza.

A experiência constitucional proporcionada pela Constituição brasileira de 1988 nesses seis anos é bastante significativa, no que diz respeito à instalação e à realização de um modelo de Estado. A proposta normativa, constante do preâmbulo, fala em Estado Democrático de Direito. Induz, obviamente, a que se pense, de um lado, nos tradicionais princípios do Estado de Direito (exercício de direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, igualdade, etc.), mas, de outro, nas exigências das necessidades de democratização da própria sociedade (que há de ser fraterna, pluralista, sem preconceitos, fundada na harmonia social, etc.).

Este reconhecimento da necessidade de democratização da própria sociedade, vista como um ente distinto do próprio Estado, mas ao mesmo tempo integrado no Estado, aponta para uma complicada síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social ou *Welfare State*. Na verdade, este reconhecimento tem uma repercussão especial na forma constitucional do Estado. Deve-se ter em conta, nesses termos, a passagem marcadamente peculiar, na vida constitucional brasileira, de um Estado liberal burguês e sua expressão tradicional no Estado de Direito, para o chamado Estado Social (Forsthoff 1976).

Apenas para que nos entendamos, gostaria de assinalar, no Estado de Direito, para identificá-lo, a postura individualista abstrata, o primado da liberdade no sentido negativo de não impedimento, a presença da segurança formal e da propriedade privada. Portanto, um Estado concebido, como dizia Carl Schmitt, como servo estritamente controlado da sociedade

(Schmitt 1970: 125). Já no Estado Social, dever-se-ia perceber uma espécie de extensão do catálogo dos direitos individuais na direção dos chamados direitos de segunda geração, direitos econômicos e sociais, portanto a consideração do homem concretamente situado, o reconhecimento de um conteúdo positivo da liberdade como participação a que corresponde uma complexidade de processos e técnicas de atuação do poder público, o problema da intervenção do Estado no domínio econômico, donde uma transformação conseqüente nos próprios sistemas de controle da constitucionalidade e da legalidade. Sem qualquer intenção de definir modelos, interessam-me estas considerações apenas na medida em que servem ao esclarecimento de como, no Brasil, ocorre a passagem constitucional do Estado de Direito para o Estado Social.

Pode-se dizer que o Brasil nasceu sob a égide de uma constituição formal. Isto é, desde o início de sua existência independente, o Estado brasileiro foi um Estado constitucional, cujo processo constituinte surgiu como um desdobramento da Revolução Liberal de O Porto, de 1820, que, por sua vez, era uma consequência da Revolução Francesa.

Quando falo em Estado constitucional, entendo um Estado cujo poder é limitado e organizado por uma constituição escrita nos moldes do constitucionalismo do final do século XVIII, enquanto um movimento de fundo liberal, expressão dos movimentos políticos da sociedade burguesa de então. Independente em 1822, Império constitucional em 1824, a relação entre Estado e sociedade civil no Brasil foi, contudo, desde o princípio, uma relação *sui generis*. Isso porque, ao contrário do que sucedeu no processo constitucionalista na Europa, nos Estados Unidos da América e, até mesmo, num certo sentido, ao contrário do que aconteceu nos demais países da América Latina, o Brasil teve uma formação política diferente, em que o Estado, enquanto organização administrativa, com competências e funções discriminadas e delimitadas, enquanto, pois, aparelho burocrático, teve uma formação extremamente precoce. Há uma observação de um pensador católico brasileiro, Alceu Amoroso

Lima, de que o Brasil teve Estado antes de ter sociedade. Esta observação espelha com propriedade a realidade brasileira que procuro explicitar. Praticamente 50 anos depois da descoberta do Brasil em 1500, já tínhamos, nos rudimentos, um aparelho de Estado, uma organização de governo, logo trazida e implantada pelos portugueses na nova terra. Apesar dessa formação precoce de um aparelho de Estado, no Brasil, a capacidade de mobilização política da sociedade desenvolveu-se de forma mais lenta e mais restrita. Ou seja, o Estado que nasce constitucionalmente em 1824 internalizou e consolidou as estruturas monárquicas oriundas do proclamado Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves de 1815, favorecendo sua centralização precoce. Assim, dotado de um aparato administrativo colonial relativamente complexo e que se transmitiu de forma pacífica e intacto para o Estado imperial, a unificação política brasileira e sua expressão constitucional ocorrem rapidamente entre os anos de 1822 e 1825. Mas a mobilização política da sociedade só ganhou intensidade e penetração um século depois.

Na verdade, a penetração ampla do Estado associada a fatores como partidos políticos regionais e oligárquicos, forte clientelismo rural, ausência de camadas médias organizadas politicamente acabaram por inviabilizar a institucionalização de formas de participação política e social oriundas da sociedade civil. Em consequência, enquanto nos países europeus em geral e nos Estados Unidos da América, em particular, o Estado sempre foi visto como uma projeção da sociedade civil — e isto fazia parte da ideologia liberal —, pois atuava como uma espécie de árbitro nos confrontos da cidadania burguesa, no Brasil sucedeu o inverso. Pode-se dizer até mesmo que, entre nós, a sociedade civil é que foi uma projeção do Estado. Como diz o politólogo brasileiro Héglio Trindade (Trindade 1985: 49), o Estado, que nasceu antes da sociedade, é que foi o agente que propiciou a configuração e o aparecimento de elites sociais no país e não ao contrário. Entende-se deste modo que, por esta formação diferente do que sucedeu no restante da América, o

Brasil tenha sido o único Estado que se instaurou como uma monarquia.

Ora, a repercussão desse fato na elaboração constitucional brasileira foi marcante. Como as elites sempre foram constituídas por meio do Estado, não foram elas que constituíram o Estado, a sua formação ideológica se deu às avessas. Ao invés dela vir da sociedade civil para a sociedade política, ela veio desta para aquela. Daí aquilo que, no Brasil, costuma ser denominado de importação de ideologias. Por exemplo, o movimento constitucionalista brasileiro de 1823 ocorreu por emulação de um movimento português de 1820, cujas idéias vinham do Iluminismo francês. Isto também aconteceu, é verdade, com os Estados Unidos da América, mas de uma forma diferente. Ali a incorporação de ideias iluministas veio ao encontro de uma experiência histórica vivida pelos imigrantes puritanos numa terra em que, não havendo nenhum poder instituído, principiou-se a desenvolver uma organização baseada no princípio da igualdade e do consenso mútuo, cujo instrumento escrito foi o famoso *Compact* celebrado pelos líderes do navio Mayflower em 1620. Com base nele, um típico instrumento social de estruturação da convivência, é que se conformaram, depois, as *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639.

No Brasil, ao contrário, é preciso reconhecer que o ideal constituinte se implantou como um movimento no interior do aparelho de Estado. Se a Assembléia Constituinte convocada em 1823 não chegou a produzir uma Constituição, porque foi dissolvida, a Constituição que se produziu por força de uma determinação de D. Pedro I continha não obstante os sopros de todo o constitucionalismo europeu. Daí a tendência que se consagrou depois, em meados do século, para o parlamentarismo. A Constituição do Império não era uma Constituição parlamentarista, mas a vida política brasileira, por contingências históricas próprias, também por inspiração européia, foi se transformando numa experiência parlamentarista, até que surgiu um ato de governo que na prática estabeleceu o parlamentarismo no Brasil. Essa Constituição europeizada que estabelecia

formalmente uma monarquia constitucional concedia ao imperador, por meio do chamado poder moderador, um dispositivo que conferia ao imperador um poder de veto como de um árbitro de última instância para todas as questões que pudessem surgir nas relações entre os demais poderes. Esse poder moderador foi inclusive o ponto de discórdia de D. Pedro I com os políticos da época e que o conduziu afinal à abdicação. No Segundo Reinado (1841), com D. Pedro II, este poder foi parcialmente atenuado, produzindo a divisão da elite política em dois partidos (conservador e liberal) e viabilizando o funcionamento da monarquia parlamentar, na qual o poder moderador era instrumento de arbitragem política. Entre suas principais atribuições, conforme a Constituição imperial, estavam a de nomear os senadores, escolhidos de uma lista tríplice de nomes eleitos nas províncias, a de sancionar leis, a de dissolver a Câmara dos Deputados e nomear Ministros de Estado. Por lado da participação eleitoral no processo político, as eleições eram indiretas para a escolha dos membros do Parlamento, distinguindo a Constituição os *votantes* (que incluíam os analfabetos) dos *eleitores*, reconhecendo como qualificados para votar os *homens* maiores de 25 anos (salvo se bachareis ou oficiais, que podiam votar com idade inferior) e dispendo renda líquida anual de 100 mil réis. Para ser eleito, os requisitos eram os mesmos, salvo o da renda, que devia ser o dobro. Ao final do século, em 1881, a idade é diminuída para 21 anos e a eleição direta é adotada, embora isso não chegasse a significar nenhum alargamento significativo do nível de participação política.

Em síntese, pode-se dizer que a primeira experiência constitucional brasileira, por meio da manutenção da monarquia pela elite política, facilitou a obtenção de um consenso básico entre os governantes, garantindo um nível razoável de legitimidade e estabilidade, importante para a preservação da unidade territorial. Ou seja, quando, no Brasil, o sistema político começa a se defrontar com as contradições mais complexas do regionalismo (com alguma manifestação, na época do Império, no período da Regência), as questões da unidade nacional e a

construção de um aparelho de Estado complexo e estável já tinham sido superadas.

Ao final do século XIX tivemos outra revolução e a proclamação da República, que, embora preservasse a dominação oligárquica preponderantemente rural, acabaria beneficiando-se dos efeitos modernizadores decorrentes da abolição da escravidão (1888) sobre a economia cafeeira, que se dinamiza com a introdução do trabalho livre e de imigrantes europeus. O movimento republicano vinha crescendo desde o manifesto republicano de 1870 e o aparecimento do jornal *A República*. As idéias empolgaram sobretudo o exército e a revolução acabou proclamada por Deodoro da Fonseca, ministro do Império, em 15 de Novembro de 1889. Dezoito dias depois, em 3 de Dezembro, um decreto nomeou uma comissão de cinco membros para elaborar o projeto de Constituição. E, em 21 de Dezembro, convocou-se a Assembléia Constituinte.

Apareceram três anteprojetos, que foram transformados num único, redigido por Rangel Pestana. Sua discussão foi rápida, iniciando-se em 4 de Novembro de 1890 e limitando-se a alguns pontos principais: a organização federativa, a discriminação de rendas, a unidade do direito, a dualidade da magistratura, o sistema de eleição presidencial, a liberdade religiosa, a organização dos Estados. A relativa facilidade com que foram obtidos os consensos mostra, na composição da Assembléia, uma forte identidade ideológica que unia republicanos a antigos ministros de Estado da monarquia. Na verdade, a introdução do regime federativo veio ao encontro das oligarquias políticas regionais, cujo poder se confirmou e se fortaleceu. Houve assim mais uma coincidência de propósitos: importava-se um modelo externo, desta feita do constitucionalismo norte-americano, para respaldo de uma situação local que, por seu intermédio, se justificava. A República e as elites republicanas que estiveram presentes à Constituinte de 1890 emergiram de dentro do aparelho de Estado e ali se impuseram. O novo regime presidencialista, sob o signo do federalismo republicano, implantou um regime político descentralizado, sob controle de partidos

regionais, representativos de oligarquias estaduais dominantes e coordenados nacionalmente pelo Presidente da República. Com o novo regime constitucional extingue-se o sistema eleitoral censitário, com base em renda mínima, mas os analfabetos, os praças de pré do exército nacional e os religiosos de claustros ficavam excluídos. Com isso, a classe dirigente, mesmo ampliando parcialmente o regime representativo, consegue manter a eficiência e a legitimidade de sua posição perante a coletividade. Tratava-se, na prática constitucional, de um republicanismo fortemente autoritário que iria sofrer as primeiras pressões liberalizantes apenas na década de 20. Nesse sentido deve-se reconhecer que o retardamento de demandas populares entre nós se explica por essa revitalização da dominação oligárquica com a implantação do federalismo republicano, que reforçou a hegemonia das elites regionais, bastante eficaz no plano nacional. Acrescente-se a isto a reconversão das funções militares e cívicas da antiga Guarda Nacional da época da Guerra do Paraguai em cargos honoríficos de natureza política, os «coronéis», que serviram para uma eficiente mediação entre o centro e a periferia e deram ensejo ao chamado «coronelismo político».

A Revolução de 1930 não deixou de ser um movimento contra a Constituição de 1891. Mas na sua esteira não vinha um projeto Constituinte, conseguido a cobro dos constitucionalistas paulistas da Revolução de 1932. A Constituinte de 1934 desvencilhou-se, em parte, das orações brilhantes, entremeadas de citações inglesas e norte-americanas do século XIX. Mas entre os 214 deputados, eleitos por voto popular, e os 40, eleitos por classes profissionais, o choque do liberalismo autoritário anterior com os eflúvios do fascismo italiano foram inevitáveis. A Assembléia Nacional Constituinte foi convocada em Novembro de 1933 e passou oito meses discutindo o texto de um anteprojeto para uma nova Constituição, elaborado previamente pela chamada Comissão do Itamaraty, dirigida por Afrânio de Melo Franco. As políticas regionalistas estavam fortemente representadas por meio das bancadas dos grandes Estados. Mas Getúlio Vargas neutralizava habilmente a sua

importância por intermédio dos deputados das classes profissionais. Mais uma vez de dentro do aparelho de Estado era projetada uma vanguarda de elite política que teve por mérito, afinal, a aprovação de uma Constituição avançada para o campo social, introduzindo-se os direitos trabalhistas, dispositivos de caráter nacionalista, em que, não obstante, a inspiração externa, de novo, se fazia presente.

Com a Revolução de 1930, o sufrágio se torna secreto e quase universal, com a introdução do voto feminino, mantendo-se a exclusão dos analfabetos. Porém, a radicalização político-ideológica entre 1934 e 1937, provocada em grande parte pela mobilização de massa oriunda do Integralismo, movimento fascista brasileiro, e da Aliança Nacional Libertadora, de 1935, sob controle do Partido Comunista, solapou o consenso revolucionário de 1930, esvaziando-lhe o ideário liberal e reforçando as tendências autoritárias. Legitimou-se, assim, o golpe militar e frustraram-se as expectativas de alternância na sucessão de Getúlio Vargas em 1938.

Em 10 de novembro de 1937, um golpe de Estado dissolveu o Congresso e extinguiu a Constituição de 1934. Foi preparada uma nova Carta, que ficou conhecida como «Polaca», por sua inspiração: a Constituição da ditadura polonesa. Elaborada por Francisco Campos, foi outorgada ao País por Getúlio Vargas. Desta feita, não houve Constituinte. Com a Carta Constitucional de 1937, ocorre um refluxo autoritário, sob o controle de uma estrutura de poder centralizada, desmobilizadora de uma ação política partidária e basicamente paternalista, com o que se estabeleceu a matriz burocrática e corporativista do Estado. Com isso, o padrão brasileiro da interação Estado / Sociedade Civil adquiriu dois componentes bloqueadores fundamentais: a expansão de mecanismos estatais de controle tendendo a reduzir o espaço de estruturação autônoma da sociedade civil e a atitude persistente das elites políticas, independentemente dos regimes políticos, de dissuadir formas de participação de tipo liberal-democrático (Trindade 1985: 61). Assim, embora a constituição de 1937 reconhecesse uma Câmara dos Deputados,



com representantes do povo, estes eram eleitos por sufrágio indireto, cujos eleitores eram os vereadores municipais e mais dez cidadãos por município eleitos para compor o colégio eleitoral (art. 47). De outro lado, previa a Constituição uma segunda Câmara chamada Conselho Federal, composto de um representante por Estado, escolhido pela respectiva Assembléia Legislativa, mas sujeito a veto do Governador. Contudo, toda a matéria de administração econômica, aí incluídas as relações de trabalho, eram submetidas a um Conselho de Economia Nacional, composto de representantes sindicais e associações profissionais reconhecidos em lei, com paridade de representação entre empregados e empregadores. Este Conselho era dividido em seções e nelas havia três membros designados diretamente pelo Presidente da República. Na verdade, porém, este, por meio de decreto-lei de sua exclusiva competência, praticamente monopolizava o processo legislativo.

O fim do Estado Novo, instituído em 1937, ocorreu em 1945. O ditador foi deposto pelas Forças Armadas e o Governo Provisório convocou uma Assembléia Nacional Constituinte que, instalada em Fevereiro de 1946, tomou a Constituição de 1934 como base de suas discussões. No impulso da queda do nazi-fascismo em todo o mundo, a forte componente liberal da Constituinte de 1946 deu-lhe a necessária base consensual. Apesar disso, o tipo de política conciliadora, que acima de tudo manteve as estruturas do aparelho de Estado herdadas do Estado Novo da Constituição de 1937, acabou por fazer da Constituição de 1946 um corpo de enunciados programáticos em questões fundamentais. O que permitiu que nem sempre fosse concretizada, ou por razões de incompatibilidade com a realidade para a qual tinha sido feita, ou por força de acomodações políticas. De fato, o influxo liberal da Constituição de 1946, marcado por um presidencialismo forte e com tendências desenvolvimentistas cujo equilíbrio era dado por um Congresso mais conservador, teve antes o sentido de uma liberação da ordem fascista e de uma ordenação formal do poder nacional. Lembrava mais um liberalismo à moda de Locke, deste modo menos propenso ao

liberalismo à moda francesa, considerado como ameaça à sociedade civil e tendente à anarquia. Nessas condições, permanecia o reconhecimento da função do Estado para exercer o papel de protetor da sociedade. Com isso, a experiência constitucional de 1946 assinalava um persistente hibridismo ideológico e institucional, combinando estruturas liberais com uma prática conservadora, senão autoritária. Isto culminava no que Jaguaribe chamou de «democracia eleitoral» e que culminaria no que Schmitter, mais atrevidamente, denominou «democracia» (uma mistura de democracia com ditadura) (Jaguaribe 1985).

Em 1964, uma nova revolução, politicamente decorrente do desequilíbrio provocado pela possibilidade de um Congresso menos conservador aliar-se a um presidencialismo reformista, e, em 1967, uma outra Constituição. Não houve convocação de Constituinte. Por meio de um ato institucional, o Poder revolucionário outorgou competência ao Congresso Nacional devidamente expurgado para elaborar o novo texto. Foi criada uma comissão para a apresentação de um anteprojeto. A comissão, contudo, por incompatibilidade com o Poder revolucionário, acabou por se dissolver. E o anteprojeto foi o produto da lavra de técnico afinado com o novo regime.

A Constituição de 1967 não foi preservada de alterações revolucionárias. Destinada a consagrar os ideais desenvolvimentistas, mas constitucionalmente balisados de 1964, ela teve curta duração, posto que em 13 de Dezembro de 1968 reapareceu o Poder revolucionário, com a edição do famigerado Ato Institucional Nº 5. Aquele Poder, transitório por definição, havia esgotado sua missão com a edição do AI-4, que convocou o Congresso, extraordinariamente, para discussão, votação e promulgação do projeto que viria a ser a Constituição de 1967. Ao reaparecer, reabriu o processo revolucionário. Apareceu, depois, a Emenda nº 1 de 1969, que, praticamente, reformulou a Constituição de 1967 por inteiro, mantendo, ademais, no seu corpo, o AI-5 e os poderes revolucionários que dele decorriam. Esta convivência de Constituição com atos revolucionários

persiste até 13 de Outubro de 1978, quando, por força das injunções políticas, o chamado processo de distensão iniciado pelo então presidente Geisel conduz o Brasil à Emenda Constitucional nº 11, que revoga os atos institucionais.

Daí para frente o País viveu um regime constitucional caracterizado por uma espécie de hibridismo constitucional, posto que a Constituição que restou vigente, embora expurgada dos atos institucionais, continuou a albergar dispositivos coerentes com o espírito autoritário do regime de 1964, ao lado de outros, em que se podia entender uma vocação mais democrática. Disto resultou um texto tecnicamente pouco sistemático em muitos aspectos, impossível de receber um tratamento unitário em termos de princípios básicos. De um lado, por exemplo, à iniciativa privada era garantida uma preeminência; de outro, diversas normas permitiam uma intervenção do Estado no domínio econômico sem os correspondentes freios. O mesmo acontecia com o regime federativo, proclamado expressamente, mas emasculado por outros dispositivos que, em matéria tributária, garantiam a supremacia da União sobre os Estados e Municípios.

A Constituição brasileira do regime autoritário de 1964, em termos da Emenda nº1 de 1969, acabou por enfatizar ao extremo aquela impotência política genérica da sociedade civil perante uma tecnocracia estatal bem montada e estruturada. Nela ficava claro o menosprezo do voto como moeda básica de barganha política ou o reconhecimento da superioridade dos técnicos da racionalidade econômica sobre qualquer forma de representação popular — a desproporção de forças entre Executivo e Legislativo era, nesse sentido, ostensiva — ou a eficiência da repressão militar. Isto não impediu, é verdade, um desprendimento de forças econômicas, capazes de assegurar auspiciosas taxas de desenvolvimento na década de 70. Contudo, esse modelo constitucional desenvolvimentista do ponto de vista econômico, se, no começo, mostrava uma predisposição para deixar a sociedade civil suficiente e aparentemente livre no seu isolamento político, ao correr do tempo essa liberdade foi

adquirindo sua face real de concessão do Estado, em que a cidadania, como finalidade, era antes um objetivo a realizar-se no futuro (desenvolvimento econômico como condição de posterior desenvolvimento político). Pode-se, nesta linha de observação, entender o sentido político adquirido pelo movimento que culminou na Constituição de 1988. Ao contrário do que sucedera sempre, no passado, o novo processo constituinte não veio empolgado por nenhum princípio eminente, como a independência, em 1822, a República, em 1889, a luta contra as oligarquias regionais e as conquistas sociais na Europa da entre-guerra, em 1930/34, o fascismo, em 1937, a restauração da democracia liberal, em 1945. Ele apenas se postava contra o regime autoritário de 1964, mas não buscava explicitamente nenhum modelo externo, embora, posteriormente, alguns traços da constituição portuguesa viessem a ser percebidos.

Esta ausência de um modelo externo explícito marca, a meu ver, uma peculiaridade da Constituição vigente em face das anteriores. Talvez por isso se possa, no caso dela, buscar na sua controvertida sistemática um elo próprio capaz de ligar tendências aparentemente divergentes que a fazem ora um presidencialismo com traços parlamentaristas, ora uma social-democracia com traços corporativistas, ora um neo-liberalismo com traços intervencionistas, ora um capitalismo com traços estatistas, ora um desenvolvimentismo com traços assistencialistas etc. Esta sistemática controvertida não foi, ademais, fruto de uma tendência consciente e de uma proposta explícita, mas resultou do próprio processo constituinte de 1987, que não partiu de nenhum projeto, mas distribuiu as diferentes temáticas por inúmeras comissões, cujos resultados foram encaminhados depois a uma comissão central, onde se deu então a convergência formalmente dispersiva das várias pressões sociais. Nesta convergência e à luz de seu passado constitucional é que se torna significativo o modelo de estado proposto como Estado Democrático de Direito.

A meu ver, o que se propôs na Constituinte de 1987 foi um *processo de transformação do Estado*. E com essa noção não se

exprime apenas a sujeição do Estado a processos jurídicos e a realização não importa de que idéia de direito, mas a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem, principalmente a interação de dois princípios substantivos. O princípio da soberania do povo e dos direitos fundamentais, que está no Artigo 1º, parágrafo único, incisos I, II e III, é conjugado com o da realização da chamada democracia econômica, social e cultural como objetivo da democracia política, que está também no Artigo 1º, nos incisos IV e V, e no Artigo 3º, incisos I, II, III e IV.

O que vem sendo percebido, no entanto, na experiência recente da Constituição brasileira vigente, é que uma compatibilização do Estado de Direito com o Estado Social traz algumas dificuldades significativas. Seria preciso, de um lado, garantir em cada caso uma *situação de compromisso* entre os grupos sociais que assegurasse um mínimo de critérios comuns de valores que fossem admitidos por todos. De outro lado, *um quadro constitucional rigoroso* sem o qual a atuação do Estado, inevitavelmente sujeito a grupos de pressão e a interesses estamentais e corporativistas da burocracia, pode se tornar facilmente uma espécie de exercício de arbitrariedade camuflado por supostos ditames de princípios públicos relevantes.

As dificuldades dessa compatibilização, em face das exigências mencionadas, repousam afinal no inevitável reconhecimento de que elas têm caráter distinto. A exigência de um *compromisso* é um problema tipicamente político nos seus meios e nos seus fins, enquanto a exigência de um *quadro constitucional rigoroso* é um problema tipicamente jurídico formal.

Essa dualidade de caráter vem sendo percebida, na verdade, no fato de que o Estado de Direito é um conceito formalmente jurídico, formal, o mesmo não sucedendo com o conceito de Estado Social. As garantias proporcionadas pelo contorno constitucional do Estado de Direito são assim acima de tudo delimitações com sentido eminentemente técnico normativo. Pressupõem portanto um modelo de Estado que em relação à liberdade dos cidadãos deixa valer o *status quo*. Já as garantias

exigidas do Estado Social pressupõem um Estado politicamente ativo que desempenha funções distributivas, que em última análise desconhece o dualismo entre Estado e sociedade.

Em consequência, enquanto para o Estado de Direito o fenómeno do poder é por definição circunscrito e delimitado no seu contorno constitucional, o Estado Social extravasa essas limitações porque nele as possibilidades de extensão das formas de domínio são imensas, podendo atingir intensidades sutis e num certo sentido até fora de controle do ponto de vista do Estado de Direito. Afinal, se ao indivíduo para sobreviver não basta mais, como acontecia no Brasil, desde o século XIX, um relacionamento direto e concreto com as fontes naturais, na medida, pois, em que a grande massa está urbanizada e metida nas malhas da envolvente industrialização, isso tudo exige providências organizacionais que nenhuma corporação isolada pode fornecer. Então esse indivíduo se percebe não mais como alguém que vive num Estado, nem como alguém que depende do Estado, mas como uma espécie de ativista político potencial. Nos últimos anos, pode-se dizer que, de certo modo, o *impeachment* do Presidente, aliado a uma expressiva falência do assistencialismo social herdado do corporativismo fascista de 1937, cria novas bases para a compreensão da relação Estado/sociedade. E é esse processo de transformação que agora com a Constituição de 1988 nos atinge talvez de uma forma mais aguda como nunca em nossa História pregressa.

O fato de que a nossa estrutura institucional das leis básicas, enquanto constitutivas do Estado de Direito, provém de uma experiência marcada pelo hibridismo liberalismo conservador / práxis autoritária se aplica a uma realidade que não mais permite ater-nos a certas fórmulas de rigor formalista sem que nos obriguemos a abrir inúmeras exceções, acabou mudando o caráter geral dessas normas. Este contraste se espelha, hoje, no detalhismo da Constituição, capaz de albergar exigências ora tendentes a reclamar os benefícios de uma democracia social extensiva ora pedindo as cautelas próprias de um industrialismo neoliberal emergente. Mesmo as normas que consagram os

direitos fundamentais (veja-se o artigo 5º da Constituição Federal) não fogem a essa característica, e isso obviamente afeta a lógica interna do Estado de Direito, e deve ser considerado como um dado relevante quando se discute o modelo constitucional de Estado brasileiro.

Para compreender essas transformações, teremos que partir do caráter positivado das normas das constituições modernas. A positivação foi uma das idéias que corporificam o movimento constitucionalista a partir do século XIX, principalmente. E um dos traços centrais do Estado de Direito foi assim a fixação de uma ordem estatal livre na forma de normas positivas, sujeitas às formalidades garantidoras da certeza e da segurança. Dessa forma protegia-se a liberdade conforme a lei e as declarações expressas de direitos individuais, antes presentes de uma forma difusa na teoria do direito natural racional, é um exemplo típico do que eu estou dizendo.

Isso exigiu uma espécie de formalidade constitucional que, no Brasil, foi se alimentando e se desenvolvendo desde o século XIX. Essa formalidade conferia à constituição uma transparência e uma estabilidade indispensáveis. Graças a essa formalidade, as constituições então puderam submeter-se às chamadas regras usuais de interpretação. Por seu intermédio, no entanto, conseguimos chegar ao sentido e ao controle da eficácia da constituição, que acabavam por minimizar a práxis constitucional correspondente. A sua estabilidade decorria do formalismo, não obstante as práticas autoritárias da realidade política e social.

Para efeito de um modelo constitucional para o Estado de Direito concebido como um Estado mínimo, reduzido em suas funções, essa formalidade tinha uma orientação específica que eu chamaria de orientação de bloqueio ou função de bloqueio, conforme o princípio da legalidade e da constitucionalidade que formalmente limitava a atuação do Estado. Isto funcionou bem, no Brasil, até 1930. Não podemos desconhecer nesse passo que as normas constitucionais, seja na Constituição imperial, seja na Constituição republicana de 1891, continham obviamente

elementos jurídicos que a diferenciavam das demais normas, do que um normativismo ideologicamente formalista, supostamente neutro e acrítico, chegava a dar conta.

A partir de 1930, contudo, entrou em cena uma ordem política global do Estado constitucional que obrigou a certas correções e especificações. No limiar dessas transformações que caracterizam a complicada convivência do Estado de Direito com o Estado do Bem-Estar Social ou Estado Social, o jurista e estadista brasileiro Rui Barbosa fazia observar o seguinte:

A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma noção incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão cada vez maior dos direitos sociais. Já não se vê na sociedade um mero agregado, uma juxtaposição de unidades individuais acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma unidade orgânica em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis de todos os lados a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana (*Discursos*, apud Silveira 1968: II, 3).

Isso foi dito no começo deste século.

Essas palavras de Rui, se nós as entendemos bem, apontavam já para uma espécie de desformalização da constituição e da interpretação da constituição, o que ele certamente não encampava nestes termos, em toda a sua extensão. Mas mostravam uma preocupação que iria se tornar aguda nos dias de hoje. Mais ou menos na mesma época, Max Weber (1976: 503-504) já apontava para tendências que iriam, como dizia ele, favorecer uma dissolução desse formalismo jurídico que nasceu junto com o modelo do Estado de Direito. Ele previa uma certa disparidade entre as legalidades lógicas próprias do pensamento formal jurídico e os efeitos econômicos visados, bem como as respectivas expectativas em relação a esses efeitos. Surgiam, dizia ele, exigências materiais dos modernos problemas de classes, de um lado, acompanhadas, de outro, de propostas de ideologias jurídicas que se guiavam por critérios valorativos contidos na expressão social do direito. Estas mudanças, que se tornaram expressivas na Europa desde os anos 20, não foram capazes,



porém, no Brasil, de quebrar o hibridismo na prática constitucional que o acompanhou até agora.

Portanto, o que está ocorrendo na experiência constitucional brasileira atual, certamente já vivenciada na Europa desde os anos 20, talvez pudesse ser assinalado em termos de uma tomada de consciência social e política da distinção entre um modelo constitucional de Estado com a função de bloqueio, que cabe para as Constituições de 1824 e 1891, e um modelo constitucional de Estado com a função de legitimação das aspirações sociais, que foi, formalmente, próprio das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/69. Esse segundo significaria que certas aspirações se tornariam metas privilegiadas, no caso da Constituição fascista de 1937 e da autoritária de 1967/69, até mesmo acima ou além de uma conformidade constitucional estritamente formal. Elas fariam parte por assim dizer de uma pretensão inerente a própria Constituição. Isso quebraria o Estado de Direito como ele foi pensado no passado, isto é, com a exclusiva função de bloqueio.

Na verdade, a idéia subjacente ao modelo de Estado com função de legitimação, em que constituições instauram uma pretensão de se verem atendidas expectativas de realização e concreção, traz para a nossa experiência constitucional uma consideração de ordem valorativa que a experiência alemã perceberá na década de 20. Ou seja, pressupondo-se que uma constituição apresente no seu corpo normativo um sistema de valores, o modelo de Estado que ela institui se torna uma realização de valores e exige essa realização. Na verdade, ela não estabelece um Estado, mas propõe a realização de um Estado.

Não estou falando da oposição entre uma concepção formalista e uma prática autoritária, nem ignorando que o Estado Constitucional com função de bloqueio também pudesse buscar uma «ratio» imanente por meio dos tradicionais métodos teleológicos, sociológicos, axiológicos que ressaltassem, por exemplo, o valor da liberdade individual. O problema ao qual me refiro aqui é outro. Quando se opõe um modelo de Estado

com a função de bloqueio ao Estado com função de legitimação de aspirações sociais, o que entra em pauta é o problema de como captar o sentido das constituições no momento em que, concebidas estas como sistemas de valores, o modelo de Estado que elas instituem se transforma num instrumento de realização política, com base na qual a atividade legislativa e judicial será forçada, pela pressão social, a concretizar princípios e programas implicitamente agasalhados no texto constitucional. Ou seja, a questão deixa de ser um problema de correto delineamento do Estado com a sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e até valorativa, para tornar-se um problema de conformação política dos fatos ao modelo, isto é, de sua transformação conforme um projeto social ideológico. Isto pode parecer para os ouvidos europeus uma *Selbstverständlichkeit*, mas, se olharmos para o mencionado hibridismo da experiência constitucional brasileira no passado, trata-se de um desafio para uma radical transformação.

Essa mudança corresponde, no Brasil de hoje, a uma transformação do Estado constitucional enquanto Estado de Direito formal, que, no Império e na Primeira República, ostensivamente, e nas demais, até 1988, de forma ideologicamente encoberta, pressupunha uma distinção entre Estado e sociedade como entidades autônomas. Na Constituição de 1988, as tarefas que são postas ao Estado, o que não só leva à multiplicação das normas, mas também à sua modificação estrutural, põem a descoberto as suas limitações. Exige-se do Estado a responsabilidade pela transformação social adequada da sociedade, ou seja, colocam-se para ele outras funções que não se casam plenamente com a função de bloqueio dos velhos modelos constitucionais. Mas o resultado é, no momento, um sentimento de impotência do Estado que, na verdade, põe em cheque a distinção entre Estado e sociedade e a arraigada concepção do Estado como protetor da sociedade civil.

A estrutura constitucional do Estado protetor, no Brasil, sempre foi condicional e retrospectiva. Os fins só interessam na medida em que as condições sociais eram dadas e obedecidas.

Se os meios não fossem dados, esses fins deveriam ser apenas formalmente considerados e, na prática, ignorados. Quando, porém, a pressão social crescia e a relação de poder se sentia abalada, a relação meio-fim se invertia na forma de uma ruptura constitucional. Assim, os diversos discursos revolucionários, no Brasil, sempre pressupunham que os fins pusessem uma tal exigência que, se as condições não existissem, deveriam ser encontradas por meio de uma ruptura. Uma vez alterada a Constituição, porém, voltava a função de bloqueio que pressupunha que os preceitos constitucionais estatuem princípios e finalidades fundamentais, em relações aos quais o intérprete no entanto não pode articular sentidos e objetivos, senão aqueles que já estejam reconhecidos desde então, *ex tunc*, na própria estrutura de poder. O regulador político das rupturas constitucionais brasileiras era, assim, uma espécie de princípio de proibição de excessos, isto é, proibição de articulação de interesses da própria sociedade salvo se protegidos, sob a alegação de favorecer-lhes o exercício. Daí a imagem oficial do homem cordial brasileiro, apesar das crueldades de fato que viessem a ocorrer.

A questão muda de figura no momento atual, em face de uma experiência constitucional que parece desafiar as velhas formas de pensar, as exigências postas ao Estado Social. A estrutura programaticamente exigida pela realidade social cria uma tensão entre o Legislativo e o Executivo a qual, por conta de uma função de legitimação atribuída ao texto constitucional, pressupõe que o intérprete esteja autorizado a articular e a qualificar o interesse público, o interesse público coletivo, o interesse individual posto como um objetivo pelo preceito constitucional. Esta exigência se reflete, hoje, num sentimento de discricionariedade hermenêutica na relação entre os três poderes constitucionais, o que conduz, de um lado, a uma exacerbação no uso de medidas provisórias (*Maßnahmengesetze*) por parte do Executivo em face do Legislativo e a cobrança de uma verdadeira politização das decisões judiciais. A experiência constitucional atual parece pressupor então que os preceitos constitucionais estão submetidos a certas finalidades

que exigem realização não na forma de um Estado protetor, mas de uma sociedade que deseja prescindir da tutela estatal. Algumas dessas finalidades são de ordem normativa estrutural. Assim, os preceitos dirigidos à participação e prestação positiva do Estado Social são leis imperfeitas, *leges imperfectae*, isto é, não são imediatamente realizáveis sem uma atuação do próprio Estado, mas que, por sua vez, não se esgotam nessa atuação. Daí a exigência de que a própria sociedade deve então prover uma identificação dos meios sociais a fim de que a norma possa ser efetiva. Na recente eleição brasileira (1994), esta questão foi ostensivamente posta na forma de um debate até mesmo sobre eventuais mudanças reclamadas pelo texto constitucional não para alterá-lo o sentido social, mas para viabilizá-lo como estrutura social.

Outras condições são de ordem jurídico-funcionais. Como se supõe que a fixação constitucional de objetivos traduz valores, que no entanto por si sós não permitem a percepção de diretrizes vinculantes, exige-se do intérprete institucional que ele se direcione para a configuração da ordem social desejada, a partir da qual se terá o controle da constitucionalidade. Os reguladores dogmáticos desta função, no entanto, criam uma espécie de insegurança formal, mormente na atuação do poder judiciário, pois parecem perigosamente abertos, flexíveis. Os fins articulados e qualificados devem estar na dependência dos meios disponíveis e identificáveis, mas cabe ao intérprete considerá-los sob o ponto de vista da sua viabilidade.

A meu ver, o grande momento vivido pela experiência constitucional brasileira atual na instauração do Estado Democrático de Direito está, assim, no modo como as exigências do Estado Social se jurisfaçam, no sentido formal da palavra, nos contornos do Estado de Direito, quebrando, porém, o velho hibridismo da lógica liberal conjugada com uma práxis autoritária. Parece-me que o princípio legitimador, ainda que muito abstrato e genérico, dessa compatibilização deveria ser impedir que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação. Esse é o risco. Seria preciso, portanto,

ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito uma espécie de repúdio à utilização, desvirtuada, das necessárias funções sociais como instrumento de poder, porque isso destruiria o Estado de Direito e com isso se perverteria a base do Estado Social que estaria então desnaturado. Em consequência, o Estado Democrático de Direito perderia o seu contorno constitucional.

Mas a recíproca também é verdadeira. Também não se pode levar à interpretação da constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação da lei. A lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é lei igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. Então ela não deve se submeter àquele puro formalismo sob a pena de fazermos o inverso, isto é, tiranizarmos um grupo contra outro e impedirmos a realização do Estado Social. O difícil é fazer essa composição sem apelar para as rupturas que se pervertem no seu próprio curso. E esta dificuldade é, afinal, o grande desafio que vive, hoje, a experiência constitucional brasileira.

### Bibliografia

- Forsthoff, Ernst (1976): *Rechtsstaat im Wandel*, München.
- Jaguaribe, Helio / Silva, Nelson do Valle e / Abreu, Marcelo de Paiva / Ávila, Fernando Bastos de / Fritsch, Winston (1985): *Brasil, sociedade democrática*, Rio de Janeiro: José Olympio [21986].
- Schmitt, Carl (1970): *Verfassungslehre*, Berlin.
- Silveira, Alípio (1968): *Hermenêutica no direito brasileiro*, 2 volumes, São Paulo.
- Trindade, Hélió (1985): *Como renascem as democracias*, São Paulo.
- Weber, Max (1976): *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen.